

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº 18471.001547/2005-64
Recurso nº 156.472 Voluntário
Matéria IRF - Ano(s): 2000
Acórdão nº 104-23.588
Sessão de 05 de novembro de 2008
Recorrente COBE INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001

PAGAMENTO SEM CAUSA - DECADÊNCIA.

A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. O pagamento efetuado sem a comprovação da operação ou causa está sujeito à incidência na fonte, cuja apuração e recolhimento devem ser realizados na ocorrência do pagamento. A incidência tem característica de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e amolda-se à sistemática de lançamento denominado por homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador.

MÚTUO DE BENS FUNGÍVEIS.

O empréstimo de ações cuja liquidação se efetive com a devolução do equivalente da mesma espécie de valor mobiliário, não constitui fato gerador do imposto de renda sobre ganho líquido.

DIVIDENDOS E JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO - REEMBOLSO.

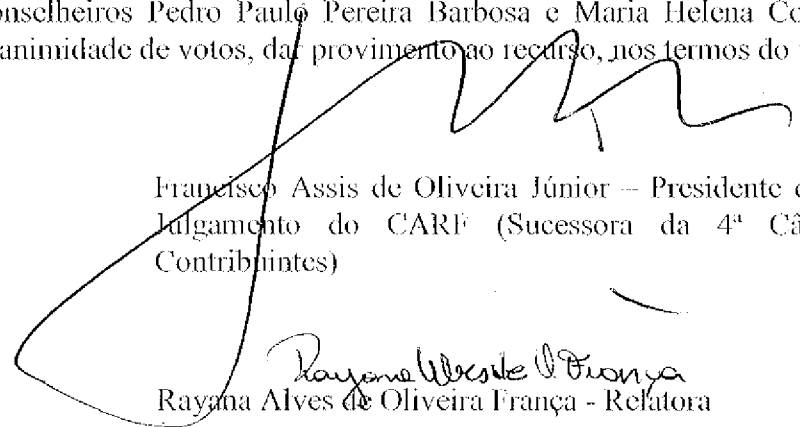
Não constituem rendimentos, os valores distribuídos pela companhia emissora das ações e repassados ao prestador, durante o decurso do contrato de empréstimo.

Arguição de decadência acolhida.

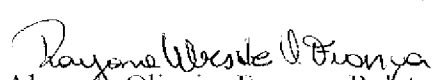
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, acolher a arguição de decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até 17/10/2000, vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa e Maria Helena Cotta Cardozo. No mérito, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.



Francisco Assis de Oliveira Júnior – Presidente da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF (Sucessora da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes)



Rayana Alves de Oliveira França - Relatora

EDITADO EM: 30 JUL 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Nelson Mallmann, Heloísa Guarita Souza, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Amarylles Reinaldi e Henriques Resende (Suplente convocada), Pedro Anan Júnior, Gustavo Lian Haddad e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente). Ausente, justificadamente, o Conselheiro Antonio Lopo Martinez.

Relatório

Contra a contribuinte acima identificada, foi lavrado Auto de Infração (fls. 204/217), para exigir crédito tributário de IRRF, no montante de R\$ R\$ 1 311.812,53, sobre fatos geradores ocorridos no calendário de 2000 e 2001, originado da:

001 – Falta de recolhimento do IRRF sobre operações sem causa ou de operação não comprovada;

002 – Multa isolada sobre a falta/atraso na retenção ou recolhimento do IRRF;

003 – Juros isolados sobre a falta/atraso na retenção ou recolhimento do IRRF;

Cientificada do lançamento no próprio auto de infração, em 17/10/2005, às fls. 205, a interessada apresentou tempestivamente impugnação de fls. 219/248, instruída com os documentos de fls. 249/387, cujas razões de inconformismo estão fielmente reproduzidas no relatório do acórdão de primeira instância, o qual adoto, nessa parte (fls. 369/398):

4.1. decaiu o direito do fisco em constituir créditos Tributários, no prazo de 5 anos a contar do fato gerador, em relação ao IRRF, por se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação, a teor do art. 150, §4º, do CTN;

4.2. – argúi a nulidade dos lançamentos relativos a segunda e terceira infrações pelo fato de o autuante ter incorrido em erro quando do reajustamento da base de cálculo ao considerar a alíquota de 35% quando o correto seria 20%, sendo que tal fato compromete a liquidez do crédito Tributário;

4.3. – em referência à primeira infração supracitada, argumenta a inexistência de pagamentos sem causa, pois os saques bancários, mencionados no parágrafo 3.2 deste voto, tiveram a sua destinação devidamente comprovada, razão pela qual esses valores não podem ser considerados como pagamentos sem causa, ainda mais, quando nem pagamentos foram;

4.4. – para o melhor entendimento da questão, esclarece que no ano 2000 estava negociando a aquisição de várias unidades autônomas, que compunham um único imóvel, o qual seria posteriormente demolido, para que no terreno fosse realizada uma nova incorporação imobiliária;

4.5. – explica que, por estratégia comercial, para evitar a supervalorização do preço dessas unidades imobiliárias, o que poderia comprometer a negociação, se optou por solicitar à Quatro de Janeiro Administração e Participações Ltda., empresa cujos sócios, à época, eram os mesmos da defendente e ao Sr. Licínio Ribeiro Diniz, que era um funcionário da Agenco Engenharia e Construções Ltda., sócia da impugnante à época, que fizessem ofertas para aquisição das unidades imobiliárias;

4.6. – tendo em vista que, no momento da efetivação dos negócios, havia necessidade das pessoas de confiança acima mencionadas terem os recursos

imediatamente à disposição, a impugnante efetuou saques de sua conta corrente, transferindo-os para elas;

4.7. – o registro contábil da operação caracterizou-se pelo crédito na conta contábil relativa à conta corrente mantida no HSBC, e como contrapartida, a débito da conta Caixa;

4.8. – entretanto, a impugnante não conseguiu concretizar a operação pretendida, razão pela qual os montantes sacados retornaram, por meio de depósitos realizados pelas pessoas que receberam os recursos, para a mesma conta corrente, de sua titularidade, mantida junto ao HSBC, o que justificaria não só os saques como também os depósitos realizados, conforme questionado pela Fiscalização;

4.9. – entende que a Fiscalização se equivocou quando a autuação se assentou na tese de que as retiradas da conta corrente se caracterizavam como pagamento sem causa, acrescentando ainda que “a impugnante tinha intenção em simular a saída de recursos da conta caixa para a conta corrente”;

4.10. – alega que tal equívoco, em muito, prejudica a sua defesa, na medida em que causa confusão sobre o que está sendo objeto de lançamento, se é a saída de recursos do caixa ou da conta corrente, sem falar que essa confusão gera um erro evidente de enquadramento legal da infração, tendo em vista que a infração não condiz com a simulação imputada à impugnante;

4.11. – aduz, por fim, que a Fiscalização fundamentou a existência da infração pela desconsideração da operação realizada, a qual foi acima descrita, mediante a aplicação da LC nº 104/2001, mas que tal dispositivo, ante o princípio da irretroatividade, não pode ser imposta aos fatos geradores ocorridos em 2000;

4.12. – quanto à segunda infração, alega que não ocorreu a incidência do IRRF na liquidação do contrato de mútuo celebrado entre a impugnante e a PARCON haja vista a mesma se tratar de empréstimo de coisa fungível, ou seja, ações de empresas de telecomunicação;

4.13. – esclarece que as ações mutuadas da TELJSC foram vendidas pela impugnante por R\$2.080.000,00 e que as ações equivalentes na época da liquidação do contrato de mútuo, haja vista diversas alterações societárias ocorridas nesta empresa de telecomunicação, tiveram custo de R\$ 3.006.422,45 para a impugnante, se traduzindo em uma diferença de R\$924.905,54 a qual foi objeto da presente autuação;

4.14. – alega que a operação em questão refere-se a mútuo de ações, não tendo que se falar em remuneração decorrente desse mútuo, pois a obrigação da impugnante era devolver à PARCON, também, ações, do mesmo gênero e qualidade, sendo irrelevante o valor de custo das mesmas.

4.15. – a Fiscalização, analisando a liquidação deste contrato de mútuo, acresceu à infração o valor contabilizado de R\$271.945,38, sob o argumento do mesmo tratar-se de multa e juros decorrentes do atraso na devolução das ações, entretanto, a impugnante demonstrou ao autuante de que o referido contrato teve o seu prazo dilatado através de aditivo, o que denota a inexistência de qualquer cobrança de multa, restando afastado o enquadramento legal da infração em relação a esta verba;

4.16. – explica que, em verdade, o montante de R\$ 271.945,38 correspondeu ao valor pago à PARCOM pelos direitos de recebimento de juros sobre o capital próprio e

dividendos, conforme se comprova, pelos valores constantes da planilha de fls. 318, de acordo com as atas das assembleias acostadas às fls. 320/364, os quais não são tributáveis, razão pela qual a impugnante não efetuou a retenção do imposto de renda na fonte;

4.17. argui a inconstitucionalidade da multa moratória tendo em vista que o percentual de 75% é abusivo, incorrendo em ofensa ao princípio da vedação do uso de tributo com efeito de confisco, bem como a ilegalidade na aplicação da taxa SELIC.

Após analisar a matéria, os Membros da 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro I, acordaram, por unanimidade de votos, em julgar procedente em parte o lançamento, nos termos do Acórdão DRJ/RJ01 nº 12-11.907, de 22 de setembro de 2006 (fls.392 a 409), assim ementado:

DECADÊNCIA IRRF.

O fato gerador do imposto incidente sobre o pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado é simples e de realização instantânea. Em princípio, é exigência submetida ao chamado lançamento por homologação. Inexistente a antecipação do pagamento, afastadas as regras decadenciais específicas do lançamento por homologação para a incidência das regras gerais

NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

Comprovado que o procedimento Fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo

PAGAMENTOS SEM CAUSA FATO GERADOR INSTANTÂNEO. VALOR LÍQUIDO REAJUSTAMENTO

São fatos geradores do imposto de renda na fonte, caracterizando-se como instantâneos, os pagamentos cujas causas não foram comprovadas, os quais são tributados exclusivamente na fonte, à alíquota de 35%. Reajustamento cabível da base de cálculo de acordo com a alíquota mencionada

EMPRÉSTIMO DE COISA FUNGÍVEL DESCARACTERIZAÇÃO

Restando comprovado que o mútuo, objeto da autuação, caracteriza-se pelo recebimento de numerário com posterior devolução ao mutuante de ações em valor equivalente ao valor do empréstimo, a remuneração do capital submete-se a legislação de regência, constituindo-se o valor pago como líquido, devendo ser reajustado pela alíquota de 20% como aquela definida em lei como o aplicável ao caso em concreto

IRRF SOBRE MÚTUO. RESPONSABILIDADE DA FONTE PAGADORA MULTA E JUROS ISOLADOS

Verificada a falta de retenção após a data de apuração, no caso de rendimentos pagos a pessoa jurídica, a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto se extingue subsistindo a exigência de multa de ofício e os juros de mora isolados,

Rel

calculados desde a data prevista para recolhimento do imposto que deveria ter sido retido até a data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica beneficiária

Intimada em 20/10/2006 ("AR" fls. 412), a Contribuinte interpôs, na data de 21.11.2006, Recurso Voluntário, às fls. 414/438, instruído com os documentos de fls. 439/481, utilizando-se dos mesmos fatos e fundamentos legais da peça impugnatória.

É o Relatório.



Voto

Conselheira Rayana Alves de Oliveira França, Relatora

O Recurso é tempestivo e preenche os pressupostos legais, dele tomo conhecimento.

A matéria discutida no presente recurso trata, dos seguintes pontos:

- (i) Preliminarmente:
 - a. Decadência;
- (ii) No mérito
 - a. Inexistência de pagamento sem causa, não havendo assim, fato gerador do IRRF;
 - b. Não incidência de IRRF, que suporte a exigência de multa e juros isolados, sobre a diferença positiva entre o custo da aquisição das equivalentes e o custo das ações mutuadas, quando da liquidação do contrato de mutuo.

Da Arguição de Decadência do Direito de Lançar o IRRF

Entre a arguição de decadência e a demanda principal existe uma relação inequívoca de prejudicialidade, devendo aquela ser enfrentada em primeiro lugar, para que, só após, e se tiver restado vencida, seja julgado o mérito da questão principal.

Alega a impugnante, em sede preliminar, ter ocorrido, a decadência do direito de lançar, por parte do fisco, tendo em vista ter decorrido o prazo quinquenal, nos termos do *caput* do art. 150 do CTN, e seu respectivo § 4º, que fixa para o *lançamento por homologação*, o prazo de 5 (cinco) anos para *fazenda lançar, a contar da ocorrência do fato gerador*.

No entanto, no entendimento da autoridade a quo, não havendo pagamento que se caracterizasse como antecipação, como no caso em tela, não se aplica o § 4º do art. 150 do CTN, mas a regra geral exarada no artigo 173, inciso I, do CTN, que fixa o termo inicial, para contagem do prazo decadencial, no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No entanto não acompanho este entendimento, inclusive porque já há farta jurisprudência deste Conselho e inclusive desta Câmara em sentido contrário:



"DECADÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. O pagamento a beneficiário não identificado ou o pagamento efetuado sem a comprovação da operação ou causa está sujeito à incidência na fonte, cuja apuração e recolhimento devem ser realizados na ocorrência do pagamento. A incidência tem característica de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e amolda-se à sistemática de lançamento denominado por homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador, exceto nos casos de evidente intuito de fraude, onde a contagem do prazo decadencial fica na regra geral, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado Preliminar de decadência acolhida". (Acórdão 104-20071, de 08/07/2004 e Acórdão 104-22944, de 22/01/2008)

"IRF - DECADÊNCIA - Nos casos de tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, o prazo decadencial inicia-se com a ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, o qual, no caso do IRF, se dá mensalmente, porque esta modalidade não está sujeita a ajuste posterior". (Acórdão 104-22195, de 25/01/2007)

"DECADÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - A regra de incidência de cada tributo é que define a sistemática de seu lançamento. O imposto de renda na fonte tem característica de tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa e amolda-se à sistemática de lançamento denominado por homologação, onde a contagem do prazo decadencial desloca-se da regra geral do artigo 173 do Código Tributário Nacional, para encontrar respaldo no § 4º do artigo 150, do mesmo Código, hipótese em que os cinco anos têm como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador Preliminar acolhida". (Acórdão 104-22240, de 28/07/2007)

Assim entendo, que contrariamente a autoridade recorrida, quanto a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos até 17/10/2000, cinco anos antes da ciência do lançamento que ocorreu em 17/10/2005, é de se dar razão ao suplicante, pelas razões abaixo expostas.

Por decadência entende-se a perda do direito de o fisco constituir o crédito tributário, pelo lançamento, conforme previsto no CTN:

"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação,



Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado,

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Percebe-se, portanto, que o prazo decadencial é único, ou seja, de cinco anos e o tempo final é um só, o da data da notificação regular do lançamento, porém a data a partir da qual flui a decadência é variável, como se observa abaixo:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, item I),

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal o lançamento anteriormente efetuado (CTN, art. 173, item II),

III - da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento (CTN, art. 173, parágrafo único);

IV - da data da ocorrência do fato gerador, nos tributos cujo lançamento normalmente é por homologação (CTN, art. 150, § 4º),

Real

V - da data em que o fato se tornou acessível para o fisco, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando o lançamento normal do tributo é por homologação (CTN, art. 149, inciso VII e art. 150, § 4º)

É inconteste que o Código Tributário Nacional e a lei ordinária asseguram à Fazenda Nacional o prazo de 5 (cinco) anos para constituir o crédito tributário.

Há tributos e contribuições cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de efetuar o pagamento antes que a autoridade o lance. O pagamento se diz, então, antecipado e a autoridade o homologará expressamente ou tacitamente, pelo decurso do prazo de 5 anos contados do fato gerador.

Inexistindo regra específica, no tocante ao prazo decadencial aplicável aos casos de evidente intuito de fraude (fraude, dolo, simulação ou conluio) deverá ser adotada a regra geral contida no artigo 173 do CTN, tendo em vista que nenhuma relação jurídico-tributária poderá protelar-se indefinidamente no tempo, sob pena de insegurança jurídica.

Quanto ao entendimento da autoridade a quo de que só haveria homologação se tivesse havido pagamento e, por consequência, como o lançamento efetuado pelo fisco decorreria da falta de recolhimento de imposto de renda, o procedimento fiscal não mais estaria no campo da homologação, deslocando-se para a modalidade de lançamento de ofício, sempre sujeito à regra geral de decadência do art. 173 do CTN.

Não coaduno deste entendimento, porque não é isto que está escrito no caput do art. 150 do CTN, por simples penalização para aqueles que não efetuaram o recolhimento. Neste artigo está escrito “o lançamento por homologação... opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

Por este entendimento, deveria ser homologada a quantia paga e não homologado o que não estivesse pago. Mas não é isso que a lei determina, o que é passível de ser ou não homologada é a atividade exercida pelo sujeito passivo, em todos os seus contornos legais, dos quais sobressaem os efeitos tributários.

É da essência do instituto da decadência a existência de um direito não exercitado pela inércia do titular desse direito, num período de tempo determinado, cuja consequência é a extinção desse direito.

Decorrido o prazo de decadência desaparece a obrigação tributária, ou seja, a Fazenda Pública perde o direito de constituir o crédito tributário, ficando o sujeito passivo liberado com relação a esta obrigação tributária.

Sob esse prisma, acolho a decadência em relação às datas dos saques que serviram de base para o lançamento, ficando assente que para lançamento de pagamento sem causa, o quinquênio decadencial é instantâneo, só podendo a Fazenda exigir crédito tributário contando 5 anos antes da ciência do auto de infração que se deu em 17/10/2005.

Acolhida a preliminar de decadência, e tendo todos os pagamentos sido realizados nos meses de **março, abril e junho de 2000**, período no meu entender já decadente para o fisco efetuar lançamento, deixo então de apreciar o mérito neste tocante, afastando da exigência o item 001 do auto de infração.



Não incidência de IRRF na Liquidação de Contrato de Mútuo de Ações

Outro ponto a ser abordado é relativo a não incidência de IRRF, que suporte a exigência de multa e juros isolados, sobre a diferença positiva entre o custo da aquisição das ações equivalentes e o custo das ações mutuadas, quando da liquidação do contrato de mútuo, celebrado entre a recorrente e a PARCOM Participações Ltda ("PARCOM").

A recorrente celebrou com a PARCOM, em 09/06/1998, Instrumento Particular de Mútuo (fls.55/57), pelo prazo de um ano que tinha como objeto o empréstimo pela PARCOM a Recorrente, de 4.000.000 (quatro milhões) de ações da TELESC – PN. A remuneração deste contrato se daria pela COBE (Mutuária/Tomadora) a PARCOM (Mutuante/Emprestadora), pelo valor de R\$2.080,00, correspondente a 0,1% do valor à época das ações.

Encontra-se ainda previsto no item 3.1 do referido contrato, que o prazo para devolução das ações emprestadas era de um ano, a contar da data de sua celebração, findando-se em 06/06/1999. No caso de mora prevista na cláusula sexta, acarretada pela não restituição das ações emprestada, poderia a Mutante exigir o pagamento de multa moratória a razão de 1% ao mês, além de multa compensatória à razão de 2% sobre o valor das ações na data da liquidação dos contratos.

Toda linha de defesa da contribuinte está sustentada, em síntese, nos seguintes argumentos:

a operação em questão refere-se a mútuo de ações, não tendo que se falar em remuneração decorrente desse mútuo, pois a obrigação da impugnante era devolver à PARCOM, também, ações, do mesmo gênero e qualidade, sendo irrelevante o valor de custo das mesmas;

- não ocorreu a incidência do IRRF na liquidação do contrato de mútuo celebrado entre a impugnante e a PARCOM haja vista a mesma se tratar de empréstimo de coisa fungível, ou seja, ações de empresas de telecomunicação.

Ao analisar os argumentos apontados, a decisão de primeira instância, assim entendeu, *in verbis*:

39 *A Impugnante, como visto no relatório, não se conformando com a autuação, alega que a operação de mútuo de ações não está sujeita a incidência do IRRF por se tratar de empréstimo de coisa fungível, conforme contrato às fls. 55/57, ou seja, ações mutuadas da TELESC foram vendidas pela impugnante pelo valor de R\$2 080 000,00 e que as ações, equivalentes na época da liquidação do contrato de mútuo, tiveram custo de R\$ 3.006.422,45, constituindo-se em uma diferença de R\$924 905,54 a qual foi objeto da presente autuação;*

40 *Quanto à segunda parcela, explica que o montante de R\$ 271.945,38 correspondeu ao valor pago a PARCOM pelos direitos de recebimento de juros sobre o capital próprio e dividendos que esta teria direito em face das ações mutuadas,*

41. *Analizando a questão, observo que o contrato de mútuo não trata de coisa fungível, pois outras ações foram devolvidas, a despeito da*

Red

argumentação de se tratar de desdobramento ocorrido com as empresas de telecomunicação;

42. É de se ressaltar que o instrumento de contrato de mútuo tem efeito apenas interpartes, não sendo oponível a terceiros, inclusive o fisco, por conseguinte tem que estar acompanhado de provas materiais que comprovem sua exatidão. Sob esta ótica, se o contrato reza que se trata de mútuo de ações, a impugnante teria que forçosamente apresentar provas de que efetivamente recebeu as ações ali citadas,

(...)

43. Lembro que até os registros contábeis têm que estar amparados por documentos hábeis e idôneos que lhes digam respeito, quanto mais um contrato de cunho particular,

44. Aliás, a conta do razão analítico que registra as informações relativas ao mútuo, às fls. 54, não faz menção ao recebimento de ações, e sim ao registro simples de R\$2.080.000,00 o que me faz concluir que a impugnante, em verdade, recebeu um empréstimo neste valor, tendo como obrigação, ao final do contrato, a devolução de uma quantidade de ações que representem 4.000.000 ações da TELESC, ou seja, a PARCOM provavelmente vendeu estas ações e emprestou o resultado da alienação para a Fiscalizada,

45. É importante ressaltar que a impugnante, por ocasião da ação Fiscal, em sua resposta ao termo de intimação, às fls. 139, afirma que “o ativo mutuado (ações), foram vendidos por R\$2.080.000,00” sem precisar quem procedeu à venda; entretanto, na peça de defesa, assevera que ela realizou a dita alienação, sem contudo, apresentar, provas do afirmado,

46. Para corroborar este meu entendimento, a planilha denominada “correção dos mútuos pelo IGPM”, anexada às fls. 53, oriunda da própria COBL, indica que o valor do mútuo foi registrado, na época da celebração do contrato de mútuo, conforme documento de fls. 55/57, pelo valor de R\$2.080.000,00 o que demonstra que as ações mutuadas da TELESC foram vendidas concomitantemente com o acerto do empréstimo;

47. Deprecende-se, portanto, que não estamos diante de um contrato de empréstimo de coisa fungível, e sim, de um contrato de mútuo normal, onde a impugnante recebeu o valor antes mencionado e despendeu o valor de R\$ 3.006.422,45 por ocasião da aquisição de ações que pudessem resolver o contrato, podendo se caracterizar a diferença entre estes valores, no montante de R\$924.905,54, como despesa financeira para a impugnante e remuneração de capital para a empresa mutuante;

48. Quanto à segunda parcela, fica mais fácil deduzir a sua natureza de remuneração da PARCOM, portanto, tributável, pois independe de se tratar de mútuo de coisa fungível ou não, tendo em vista que a própria Fiscalizada afirma no documento de fls. 139 que o valor de R\$271.945,38 correspondeu a indenização à mutuante dos direitos de Juros sobre Capital Próprio (JCP) e dividendos sobre os ativos mutuados, ou seja, a impugnante quer fazer crer que apenas repassou para a PARCOM os direitos advindos dos títulos de participação que já tinha afirmado não mais possuir,

Red

49. *É cediço que JCP e dividendos têm tributação na fonte exclusiva e isenta, respectivamente, quando distribuídas aos seus legítimos proprietários pela sociedade emissora das ações entretanto, nem a mutuante, nem a Fiscalizada eram titulares dos 4.000.000 de ações da TELESC quando da distribuição do JCP e dividendos, logo, a impugnante pagou a referida parcela, que equivaleria ao JCP e dividendos distribuídos, a título de despesa financeira do empréstimo, na data de 26/10/2000, conforme lançamento de fls. 142, o que caracteriza receita da mutuante e, portanto, sujeita à tributação na fonte,*
50. *Ante o exposto, resta inquestionável a necessidade de tributação da fonte relativa às remunerações acima mencionadas; "*

Malgrado os bens articulados fundamentos da decisão recorrida, ousou discordar da mesma. Desde a fiscalização ficou demonstrado que a recorrente adquiriu ações para pagamento do empréstimo, inclusive está expressamente descrito no Termo de Verificação Fiscal:

10 – em 26/10/2000, houve a liquidação do empréstimo pela COBE, vindo esta adquirir, para pagamento do mesmo, 4 000 000 ações da TELESC CELULAR S/A BN por R\$1 162 000,00 e 129 400 440 ações PN da Brasil Telecom (ex. Telecom do Paraná – TELEPAR) por R\$1 842 905,94, num total de R\$3 004 905,94 (fls 41/50)

Restando, portanto incontroverso que a COBE devolveu ações a PARCOM. O único ponto que restava obscuro relacionava-se ao recebimento do empréstimo. A decisão de primeira instância presumiu que o empréstimo foi feito em dinheiro e que a **“PARCOM provavelmente vendeu estas ações e emprestou o resultado da alienação para a Fiscalizada”**.

Ocorre que conforme comprova o extrato da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro (fls.450/452), apresentado em sede de recurso voluntário, efetivamente ocorreu a transferência das ações da PARCOM para COBE, em 09/06/1998, mesma data da assinatura do contrato.

Desta forma a conclusão que a PARCOM vendeu as ações e emprestou o dinheiro a COBE não pode prosperar. Ficou provado nos autos que efetivamente a PARCOM transferiu ações a COBE que as vendeu e posteriormente adquiriu ações para devolver a PARCOM.

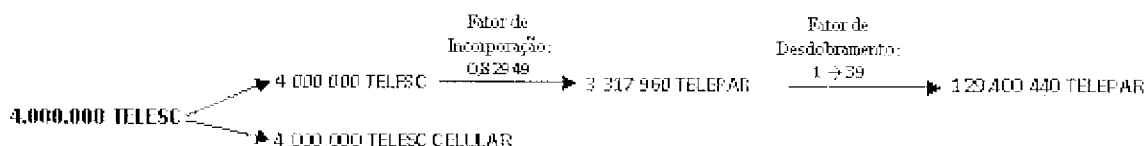
Importa ressaltar que efetivamente as ações devolvidas não são idênticas, devido a transformações societárias das empresas de telecomunicação ocorridas durante a vigência do contrato. Foram devolvidas ações que correspondia em quantidade e qualidade as ações mutuadas. Em uma breve retrospectiva, respaldada nos documentos de fls.454/481, verificamos:

- Em decorrência do processo de cisão do patrimônio da TELESC, ficou determinado o direito do acionista receber para cada ação da TELESC, uma ação da mesma espécie da TELESC CELULAR S/A;

- Em seguida a TELESC foi adquirida pela TELEPAR, cuja denominação posteriormente foi alterada para Brasil Telecom S/A e as ações integrantes do capital social incorporadas as razão de 0,82949;

- Por fim, as essas ações foram desdobradas a razão de 1 (uma) ação para 39 (trinta e nove) ações.

Aplicadas estas determinações, temos a seguinte situação:



Apesar das ações devolvidas pela COBE a PARCOM não serem idênticas as mutuadas, as mesmas são equivalentes. Por conseguinte restou demonstrado que houve mútuo de bens fungíveis, com o empréstimo e devolução de valores mobiliários da mesma espécie, ou seja, de ações, não constituindo assim fato gerador do imposto de renda.

No que se refere o valor de R\$271.945,38 a recorrente sustenta que o mesmo corresponde ao valor pago a PARCOM, a título de indenização, pelos direitos de recebimento de Juros sobre Capital Próprio (JCP) e dividendos sobre os ativos mutuados. Por outro lado a fiscalização entendeu que trata-se na verdade de despesa financeira do empréstimo que foi pago após o vencimento, conforme lançamento de fls. 142, o que caracteriza receita da mutuante, e portanto, sujeita à tributação na fonte.

Durante a fiscalização, a contribuinte apresentou a memória de cálculo do valor de R\$271.945,38, pago a título de Juros sobre o Capital Próprio decorrente do contrato de mútuo de ações ora em questão (fls.143/154), baseado no preço nominal publicado no site do Banco Opportunity.

Efetivamente a COBE lançou esta despesa como “Encargos Financeiros PARCOM até outubro mútuo PARCOM”, conforme cópia do Diário e Razão da empresa (fls. 137/138).

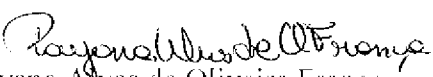
Entretanto, verificando a contabilização destes mesmos recursos na PARCOM (fls.141/142), o mesmo foi lançado como “repassa juros s/capital próprio s/ações objeto de empréstimo a COBE”.

Ademais, se considerarmos este valor de R\$271.945,38 e os encargos financeiros previsto no contrato de mútuo celebrado entre a PARCOM e COBE, ou seja, a multa moratória a razão de 1% ao mês e multa compensatória à razão de 2% sobre o valor das ações na data da liquidação dos contratos, não há qualquer semelhança e/ou coerência entre os valores

Inclusive antes do término do contrato, na data de 07/05/1999, as partes celebraram Instrumento Particular de Aditamento ao Contrato de Mútuo (fls.312), prorrogando o prazo do contrato para 31/12/2000, o que em tese afastaria qualquer encargo financeiro, pela mora na devolução das ações.

Diante do conjunto probatório apresentado nos autos e das conclusões acima expostas, entendo que efetivamente este valor refere-se aos Juros sobre o Capital Próprio - JCP e dividendos distribuídos pelas empresas de telecomunicações que não são considerados rendimentos e sobre os quais não incide imposto de renda.

Diante do exposto, acolho a preliminar de decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até 17/10/2000 e no mérito DOU provimento ao presente recurso.


Rayana Alves de Oliveira França



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
2ª CAMARA/2ª SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº: 18471.001547/2005-64 ✓

Recurso nº: 156.472 ✓

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intima-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Segunda Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 104-23.588. ✓

Brasília/DF, 30 JUL 2010

EVELINE COÊLHO DE MELO HOMAR
Chefe da Secretaria
Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- () Apenas com Ciência
- () Com Recurso Especial
- () Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador(a) da Fazenda Nacional